

## 民事判例評釈

- 一. いわゆる仮登記担保権者に遅れる賃借人に対する損害賠償請求
- 二. 目的不動産の換価処分前に被担保債権の弁済の提供を受けその受領を拒絶したいわゆる仮登記担保権者と仮登記に遅れて右不動産を賃借し占有する第三者に対する明渡請求

林            錫            璋

昭和50年2月25日最高裁判所第3小法廷判決（昭和46年(特)第653号家屋明渡請求事件）最高裁判集29巻2号112頁——破棄差戻

### 〔事実〕

X（原告・被控訴人・附帯控訴人・被上告人）は、昭和29年3月5日、訴外Aに対し、330万円を、弁済期日同年6月24日、利息日歩15銭、2カ月分の利息天引、遅延損害金日歩30銭の約定で貸与し、右債権を担保するため、訴外Aとの間にAが弁済期日に債務の履行を遅滞したときは代物弁済としてA所有の本件建物の所有権を取得することができ、Xは本件建物の換価額がAに対する債権額を超えるときは、右超過額を清算金としてAに交付すべきであるが、Aは、Xが本件建物について代物弁済予約完結の意思表示をしたうえ所有権移転登記を経由しても、右清算がなされないかぎり、債務の全額を弁済して本件建物の所有権を回復することができる旨の代物弁済予約を締結し、同年3月26日右代物弁済予約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。Aは債務を履行しなかったので、Xは、昭和30年3月5日予めAから交付されていた本登記手続に必要な書類を用いて、同日仮登記の本登記をし

た。

Y<sub>1</sub> (被告・控訴人・附帯被控訴人・上告人) は、昭和29年9月 A から本件建物を敷金200万円、賃料月8万円の約定で賃貸し、その引渡を受けてこれを使用し、昭和33年7月18日から自己が代表取締役をしている会社Y<sub>2</sub> (二審引受参加人・附帯被控訴人・上告人) に本件建物を使用させ、以来両者が共同占有している。

X は昭和30年、Y<sub>1</sub> に対して 本件建物の明渡および明渡済みまでの損害金を求めた。

一審は、賃借権のXに対抗しうるか否かに付争い、Xが勝訴 (神戸地判昭和35年3月9日)。Y<sub>1</sub>より控訴、Xも損害金の増額を求めて附帯控訴をした。

ところで、Xが本登記をした後も、Aに対し清算金は支払されないまま、昭和42年2月18日 (本件が原審に係属中) Y<sub>1</sub>は、AのXに対する債務の元利金として計算した金員をAに代ってXに弁済提供したが、Xはその受領を拒絶した。

Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の主な主張は、「代物弁済予約完結による所有権取得は処分清算の目的のためになされるに止るものと解すべきであり、従ってAはXが本件建物の処分に着手する迄は元利金を弁済してこれを受戻することができる。そしてY<sub>1</sub>はAより本件建物を賃借しており、Aに代位してXに元利金を弁済する正当な利益を有し、その弁済提供をXが受領拒否し、自ら受領遅滞となったからY<sub>1</sub>に対しその権利を行使することはできない」と述べた。

原審は「Y<sub>1</sub>は賃借人の使用収益できないことがAの責に帰すべき事由によって生じた債務不履行による損害賠償請求権の保全に必要な範囲においてAの清算金返還請求権を代位行使することができるとしても、元利金全額を弁済して所有権の復帰を求めることは債権保全に必要な範囲を超えたものであるから許されない」という理由で控訴を棄却した (大阪高判昭和46年4月19日)。

それに対して、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>は次のような理由で上告した。原審はY<sub>1</sub>のXに対

する弁済を民423条の債権者代位の問題として把握してのことなのか、民474条の第三者の弁済の問題としてのことなのか不明である。Y<sub>1</sub>らは民474条による弁済を主張しており、それによって本件建物の明渡を免れ得る法律上正当な利益を有しておるものである。本件物件換価前には債務を弁済してこれを取戻し得る権利を有するものである以上、この権利を行使するのは決して債権保全に必要な範囲を逸脱しているものでない。さらに、原審で主張した理由を主張したほか、Xがまだ清算がなされておらず且つ本件物件の引渡さえ終っていない現在、Xの担保権は尚存続しているから本件物件の果物を請求する権利はない、などと主張した。

〔判決理由〕

「いわゆる仮登記担保権者は、債務者が債務を履行しなかったときは、予約完結の意思表示をし又は停止条件が成就したことにより取得した目的不動産の処分権の行使による換価手続の一環として、債務者に対して仮登記の本登記手続及び右不動産の引渡を求め、更に第三者がこれを占有している場合には、その者が不法占有者であるときは直ちに、また賃借人であるときでもその賃借権が仮登記担保権者において本登記を経由すればこれに対抗することができなくなるものであるかぎり、本登記を条件として、その第三者に対し右不動産の明渡を求めることができ、他方、右不動産の換価額が債権者の債権額を超えるときは、仮登記担保権者は右超過額を清算金として債務者に交付すべきものであり、その清算金の支払時期は、いわゆる帰属清算の場合には、仮登記担保権者が目的不動産の評価清算によりその所有権を確定的に自己に帰属させる時、いわゆる処分清算の場合には、第三者に対して目的不動産を売却する等その処分の時であって、清算金の支払時期である右換価処分の時に仮登記担保権者の債権は満足を得たこととなり、これに伴って仮登記担保関係も消滅し、その反面、債務者は、右時期までは債務の全額を弁済して仮登記担保権を消滅させ、その目的不動産の完全な所有権を回復することができるが、右の弁済をしないまま債権者が換価処分をしたときは、確定

的に自己の所有権を失うことになる」と解すべきことは、当裁判所大法廷の判例とするところである（最高裁昭和46年（オ）第503号同昭和49年10月23日大法廷判決）。仮登記担保権に関する右判例の趣旨に照らせば、仮登記担保権者が目的不動産の換価手段の一環として、第三者に対しその占有する目的不動産の明渡を求めることができる場合においても、明渡を拒否し占有を継続する右第三者に対し、所有権を侵害されたことにより賃料相当の損害を被ったとしてその賠償を求めることは、換価処分においても仮登記担保権者が目的不動産を使用収益することができる旨の約定があるなど特段の事情のないかぎり許されないものというべく、また、仮登記担保権者が、右換価処分前、即ち、債務者が債務の全額を弁済して目的不動産の完全な所有権を回復することができる間に、適法な債務の弁済提供を受けながらその受領を拒絶して、目的不動産を占有する第三者に対しその明渡を求めることはできないものと解するのが、相当である。

これを本件についてみるに、前記原審の確定した事実によれば、Xは、本件建物の適正評価額がAに対する債権額を超過する場合には、その超過額を清算金としてAに支払うことにより、また、右超過額がない場合には、その旨をAに通知して清算の意思を明らかにすることにより、本件建物の所有権を確定的に自己に帰属させることができるが、それまでは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>らの本件建物占有によりその所有権を侵害され、賃料相当の損害を被ったとして、その賠償を求めることができず、また、Y<sub>1</sub>がAのXに対する債務を弁済するにつき利害関係を有する第三者にあたることは明らかであるから、Y<sub>1</sub>がAに代ってした所論の弁済提供が適法なものであるかぎり、Xがその受領を拒絶しながら、本件建物の換価処分手続の一環としてY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>らに対し、その明渡を求めることは、許されないものといわなければならない。」

〔評釈〕

一．仮登記担保に関する最高裁判所昭和49・10・23大法廷判決（民集28・7・1473）は、仮登記担保権者は、債務者が債務を履行しなかったときは、

目的不動産の処分権の行使による換価手続の一環として、債務者に対して仮登記の本登記手続及び右不動産の引渡を求めることができ、更に、第三者がこれを占有している場合には、その者が不法占有者であるときは直ちに賃借人であるときでも、その賃借権が仮登記担保権において本登記を経由すればこれに対抗することができなくなるものであるかぎり、本登記を条件として、その第三者に対し右不動産の明渡を求めることができると判示した。今回の大法廷判決は、担保のための代物弁済予約・売買予約に関する昭和42年以来の判例を集大成し（一部の変更はあったが）、仮登記担保は、わずかの例外を除き（当事者が別段の意思を表示し、かつ、それが諸般の事情に照らして合理的と認められる特別の場合）、清算すべきものとし、かつ帰属清算を原則とした。そして、清算金の支払時期である換価処分の時（帰属清算の場合は、目的不動産の評価清算によりその所有権を自己に帰属させる時、処分清算の場合には、その処分の時）までは、債権は満足を得たこととならず、仮登記担保関係も消滅しないとしている。本件判決は、この大法廷判決をうけて、仮登記担保権者は、第三者に対してその占有する目的不動産の明渡を求めることができても、明渡を拒否し占有を継続する右第三者に対し、換価処分の時までは、仮登記担保権者が目的不動産を使用収益することができる旨の特約のある場合を除き、所有権を侵害されたことを理由に賃料相当の損害の賠償を求めることができないと判示した。このように、代物弁済予約・売買予約を債権担保的構成としたため、目的不動産を使用収益する権能は、設定者に留まるか、仮登記担保権者に移るかが問題となった。これまでこの点に直接論及した判例学説は公にされていないようである。大法廷判決前の下級審判決には一件あった（大阪地判昭49・8・9判タ319・185，金法744・31）。つまり、代物弁済予約完結権が行使された場合、債権者は債務者に対し、清算金の支払義務を負うが、その反面清算のため当然当該不動産の所有権移転登記ないし引渡の請求権を有し、ただ、公平の見地から右両権利義務が引換給付の関係に立つわけであって、そのことから更に進んで清算が結了するまで債務者ないし当該不動産の賃借

人が債権者に対し当該不動産の使用収益の対価を支払わなくてよいというような法理はない、と説示し、清算前にあっても、仮登記担保権者は、目的不動産の使用収益権能を有することを認めている。また、本件判決後、最判昭50・12・26（金法778・31）は、本件判決を前提にして、仮登記担保権者の清算手続前における目的不動産の使用収益は、被担保債務の不履行があったときには仮登記担保権者が目的不動産を収益しうる旨の特約があった場合には、適法である、と判示している。

本件判決は、仮登記担保権者に目的不動産の使用収益を与える時期を換価処分の時とされる。しかし、この時期は債務者保護のために、最終的に目的不動産を受戻すことのできる時の基準として機能するものであり、目的不動産の使用収益権の帰属を決めるまでもそれを基準として、はたして妥当であろうかが疑問である。また、右大法廷判決は、仮登記担保権の実行において、第三者または賃借人に対して、目的不動産の引渡請求をすることができるとの判示は、所有権に基づいて理由づけられることになっている。判例は賃借人の右債権者に対し、清算金と引換えにのみ、本登記の承諾義務の履行をなすべき旨の主張を認めていない（最判昭47・9・22金法666・27）。また仮登記担保権者が本登記または引渡を受けた時は、債務者の賃貸人たる地位は失われたと理解されるのが通常であろう。その場合、賃借人が仮登記担保権者に対抗できれば仮登記担保権者と賃貸借関係に入り、賃料を支払うことになるが、対抗できない場合は、仮登記担保権者と賃貸借契約締結の交渉をしなければならないであろう。その使用収益権能を決める基準を換価処分の時とすれば、目的不動産の使用収益権能が債務者に留まることになり、法律関係はますます複雑化する（石川・本件判批・判タ324・99）。

対賃借人関係において、所有権移転の本登記が未了の場合、賃借人に対抗できない立場にあるから（民177条）、賃料ないし賃料相当の損害金請求をすることができない（最判昭49・3・19集28・2・325）が、本事案の場合は登記しており、債務者に対する関係において、登記未了の場合でも所有権を主張で

きる点から賃料収取権の問題がからんで来る。また、清算金の支払があるまで、債務者の目的不動産の本登記手続義務ないし引渡義務との同時履行関係になっていることは、あくまでも、清算金の弁済を間接的に強制するために認められる外形的支配権能であり、したがって、債務者に賃料相当額の不当利得を認めてもよいであろう。第三者に対する関係では、仮登記担保権者が目的不動産の所有権を取得したと構成した以上、清算義務は債務者との内部関係であり、したがって本登記をした後は、右所有権の侵害を理由とする賃料相当の損害金の請求を認めるべきではなかろうか。もっとも、このように解すると、仮登記担保権者が被担保債権の遅延損害金と右賃料相当の損害金の両者を二重に取得しうる不合理を生じる、という批判（東条・本件判決解説・NBL 86・22）があるが、債務者に対して、所有権取得を主張できる時（予約完結権行使時）を、遅延損害金の終期と解すれば、そういう問題は生じないであろう。

二. 判旨二は、仮登記担保権者が換価処分前に適法な債務の弁済提供を受けた場合、その受領を拒絶して、目的不動産を占有する第三者に対して、その明渡を求めることはできない、とするものである。もちろん、債務者より適法な債務の弁済提供があれば、不法占有者に対する明渡請求もできなくなる、と解すべきであるが、本件は、建物を占有使用している賃借人が弁済提供をした事案であるがために、賃借人の代位弁済が認められるかが問題となる。原審はこれを民423条債権者代位権の問題としてとらえ、賃貸債務不履行による損害賠償請求権の保全として清算金返還請求権の代位行使はできるとしても、代位弁済して目的不動産を受戻すことは、債権保全に必要な範囲を超え、許されないとしたが、本判決は、民474条第三者の弁済問題としてとらえ、賃借人は債務を弁済するにつき利害関係を有する第三者にあたる、とした。第三取得者の代位弁済なら疑問の余地はない（岩城「実務からみた仮登記担保大法廷判決の問題点〔座談会〕」別冊NBL No.1・16）が、実質仮登記担保権者の後順位債権者よりもはるかに地位の劣る賃借人（前記大法廷判決判旨二によると、仮登記担保権者は債務者又は第三取得者に対してのみ清算義務を負い、仮登記後に目的

不動産を差し押えた債権者、抵当権を受けた第三者等は、直接の清算義務を負わないとされるが、後順位債権者らは仮登記担保権者からの本登記の承諾請求に対し、自己独自の抗弁として債務者に対する清算金の支払との引換給付の主張をすることができる〔民集28・7・1484, この点はいままでの判例を変更した部分である〕のに対し賃借人はこのような権利が認められていない〔最判昭47・9・22 前掲金法666・27〕に、はたして代位弁済を認めてよかろうか。さらに、これを認めると、滌除に似た権能を賃借人に与え、仮登記担保を滌除規定に拡大適用とか類推に親しまない論議が高まっている時に、代位弁済という形で登場させるのはいささか抵抗を感じる。したがって、むしろ原審の判断に賛成したいが、第三者の弁済につきできるかぎり広く解すべきである（我妻・新訂債権総論244, 注釈民法〔12〕633）という見地から、賃借人の代位弁済を否定する根拠づけは難しいであろう。

三. そこで、いつまでに債務を弁済して目的物件を取り戻せるかが問題となる。前記大法廷判決は、清算金の支払時期を換価処分するときとし、即ち、帰属清算の場合には、仮登記担保権者が目的不動産の評価清算によりその所有権を自己に帰属させるときに、処分清算の場合には、その処分のときに、仮登記担保権者の債権は満足を得て仮登記担保関係は消滅し、そして、そのときまでは債務者は債務を弁済して目的不動産の完全な所有権を取り戻すことができると説示し、清算金の支払時期、換価処分するとき、仮登記担保関係の消滅時期、債務者の受戻しの終期を一致させた。しかし、帰属清算の場合に、その具体的な時期は明らかでなかった。右評価清算は、清算金の支払（または弁済供託）、清算金の提供（現実の提供または口頭の提供）、清算関係の具体的内容の提示、単なる清算の意思表示等のいずれとも解する余地がある（鈴木「最高裁大法廷判決に於けるいわゆる仮登記担保理論」別冊NBL No.1・140）。学説は、清算の通知があった時とする説（椿「代物弁済予約の対内的効力」不動産法大系Ⅱ担保592, 稲田「仮登記担保判決の取引実務への影響」別冊NBL No.1・73など）、本登記がなされる時とする説（船越「代物弁済予約の法理」判タ291・16, 伊東他「代物弁済予約2」判タ237・14, 山田＝石川「大法廷判決による仮登記担保権の法理の



検討(上)」判タ316・28)と清算金が提供された時とする説(鈴木・前掲40, 小倉解説・法曹23・10・310, 鈴木〔祿〕「仮登記担保権についての判例理論の趨勢(上)」ジュリ577・92など)とに分かれているが, 清算金提供時まで受戻しができるとする説が多数である。しかし, この説は, 債権者が清算しないで目的物を善意の第三者に譲渡し移転登記も済ませた場合, 受戻権は失われるとする(最判昭46・5・20判時628・24, 判タ263・192がそのような旨の判示をしている。しかし, 仮登記担保権者が予約完結権を行使したとき, 目的不動産の所有者としてそれを処分する権能を取得して処分するのであるから, 清算未了で第三者がそれを知っていても所有権は完全を取得しうるので善意を必要としないとするものもある〔鈴木・前掲別冊NBL No. 1・40〕)。また, 前記大法廷判決は, 右清算金の支払時期までは債務の全額を弁済して仮登記担保権を消滅させることができるが, 弁済をしないまま債権者が換価処分をしたときは, 債務者は確定的に自己の所有権を失い, その後は仮登記担保権者に対して清算金債権をもつにすぎないという中の「右の弁済をしないまま」云々とする表現は, 債務者無弁済のことをさすのか, 清算金の弁済を意味するのか不明である。債務者無弁済のことをさすなら当然のことゆえ, 多くの者は, これを「清算金支払未了のまま換価処分が確定したときは, 取戻権が消滅し, 清算金債権を残すのみとなる」ことを説示している, と理解されているようである(鈴木「いわゆる仮登記担保に関する昭和49・10・23大法廷判決」手形研究223・12, 稲田・前掲別冊NBL No. 1・71, 林・判批・法学論叢96・3・94)。本件の場合, 「評価清算」の具体的時期について, 清算金の支払がなされるまでは債務の全額を弁済して目的不動産の所有権を回復することができる旨の特約があることを原審が確定しているため, この点を問題とするに至らなかったが, 右の問題は今後残されていることになる。

四. いままで, 学説の多くは, 債務者保護の見地から, できるかぎり, 受戻権の消滅時期を遅らせようとして来たが, 本件事案のように, 仮登記担保権者は換価処分をせず, 債務者の方も弁済をしないまま, 仮登記担保の本登記経由した時から被担保債務の弁済提供(代位弁済)がされるまで実に15年の年月が経過しており, 権利関係の不安定な状態が永く続くことは好ましくないため, 債務

者の受戻権の期間を制限する必要性が提唱されるゆえんである。また、債務者が消滅時効を援用して来た場合、被担保債権は時効によって消滅すると解する通説のもとでは、担保物権は付従性によって仮登記担保権も消滅するから、債務者はただで目的不動産の回復をすることができる。このことは、予約完結権の行使または本登記の経由等により仮登記担保関係がすでに消滅したと信じていた仮登記担保権者にとってきわめて酷であり、債務者の利益保護にすぎないように思われる（東条・NBL86・23、しかし、これは消滅時効制度の本質の問題であり、わが国の通説の下では、こういう現象は当然発生する。登記を債権の行使と解せれば時効は中断するが、判例は否定しているようである。ドイツは消滅時効を債権の消滅としてとらえておらず、抵当登記も占有と同じような効果があるため、このような不合理の問題は生じない〔詳細は、拙稿「担保付債権の消滅時効(二・完)」名法56・147および159参照〕。

この受戻権を権利として把握し、消滅時効や除斥期間にかからせることはできないだろうか（イギリスは時効を訴権として把握し、Limitation Act, 1939, S. 12は譲渡抵当設定者の受戻の訴の制限期間を12年と設けている。また、元本債権が時効にかかっても、目的不動産を占有しているかぎり、ただで抵当財産の返還請求をすることができない〔拙稿「担保付債権の消滅時効(一)」名法51・91および101参照〕とされる)。これを債務者が債務を弁済して目的不動産の所有権を回復することができるのは、弁済による仮登記担保関係消滅の結果としてであり、この関係を権利と把握して時効や除斥期間にかからせることは理論的に理由づけが困難であるとゆわれている（東条・前掲NBL86・23）。結局のところ、本件のように、代物弁済予約について、丸取りが認められていた 当時に 本登記までしており、しかも原審の判断によると、暴利行為というほどの不均衡もなく、債権者も債務者も所有権が完全に移転していると考えていると思われ、賃借人も後の訴訟中に始めて主張を変更されたことから、その当初の心境も同様であったことがうかがえる。したがって、事案によって、信義則又は権利濫用による債務者の権利主張の制限を考えざるをえないであろう（谷口・民商58・6・989、五十嵐・民商59・4・629）。本件判決はこの点について触れていないが、差戻後の審理で争われることになるだろう。